

ARTÍCULO

El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación

The Right of foreign child to be heard and the best interests of the child in the return process

Elena Arce Jiménez
Universidad Loyola Andalucía

Fecha de recepción 21/06/2018 | De aceptación: 19/11/2018 | De publicación: 24/12/2018

RESUMEN.

Las dificultades para el ejercicio del derecho a ser escuchado de los menores extranjeros en cualquier procedimiento que les afecten ponen de relieve las deficiencias generales existentes en nuestro ordenamiento jurídico para hacer efectivos los derechos de los que son titulares las personas menores de edad, sean extranjeras o no. Se analiza en primer lugar el contenido del artículo 12 de la Convención de los Derechos del niño, las condiciones imprescindibles para hacer efectivo el derecho a ser escuchado y la conexión que existe entre ese derecho y la consideración primordial de su interés superior. A continuación se hace un repaso de la regulación española de los procedimientos de repatriación de menores extranjeros no acompañados a la luz del interés superior del menor y su derecho a ser escuchado.

PALABRAS CLAVE.

Convención de derechos del niño; Interés superior del menor; Derecho a ser escuchado; Derecho a la tutela judicial efectiva; Menor extranjero no acompañado; Repatriación

ABSTRACT.

Las dificultades para el ejercicio del derecho a ser escuchado de los menores extranjeros en cualquier procedimiento que les afecten ponen de relieve las deficiencias generales existentes en nuestro ordenamiento jurídico para hacer efectivos los derechos de los que son titulares las personas menores de edad, sean extranjeras o no. Se analiza en primer lugar el contenido del artículo 12 de la Convención de los Derechos del niño, las condiciones imprescindibles para hacer efectivo el derecho a ser escuchado y la conexión que existe entre ese derecho y la consideración primordial de su interés superior. A continuación se hace un repaso de la regulación española de los procedimientos de repatriación de menores extranjeros no acompañados a la luz del interés superior del menor y su derecho a ser escuchado.

KEY WORDS.

Convention on the Rights of the Child; Best interests of the child; Right to be heard; Right to effective and timely judicial review; Unaccompanied minor; Reintegration of unaccompanied minors.

Índice: 1. Introducción; 2. Alcance del contenido del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño; 2.1 Observación general número 12 del Comité de los Derechos del niño: el derecho del niño a ser escuchado; 2.2 Análisis de la Observación General sexta del Comité de los Derechos del niño: el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen; 3. Condiciones imprescindibles para hacer efectivo el derecho a ser escuchado; 3.1 Observaciones finales a del Comité de los Derechos del niño en 2010; 4. La conexión entre el derecho a ser escuchado del menor y la consideración primordial de su interés superior; 4.1 La búsqueda del interés superior del menor adaptada a los menores extranjeros no acompañados; 4.2 Los tribunales de justicia como actores relevantes en la búsqueda del interés superior del menor; 5. El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en el ordenamiento jurídico español; 5.1 Análisis del Defensor del Pueblo; 5.2 Referencias al derecho a ser escuchado y al interés superior del menor en derecho español; 5.3 Especial referencia al derecho a ser escuchado de los menores extranjeros en el ordenamiento jurídico español; 6. El conflicto de intereses en los procedimientos de repatriación de los menores extranjeros no acompañados; 7. Análisis de las posibilidades de reunificación familiar como solución duradera; 8. La ausencia de garantías antes de la entrada en vigor del REOLEXIS aprobado por el Real decreto 577/2011; 8.1 Referencias a los informes del Defensor del Pueblo; 8.2 Referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; 9. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho del extranjero a ser escuchado; 9.1 Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2008 de 22 de diciembre; 9.2 Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2008-, 10. La regulación de un procedimiento de repatriación con garantías para el menor; 10.1 Regulación del procedimiento de repatriación en el REOLEXIS; 10.2 Situación actual; 11. Conclusiones.

1. Introducción

La expresión derecho a ser escuchado, frente a la tradicional fórmula legal española <derecho a ser oído>, es muy reciente y supone un importante cambio conceptual, en línea con lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño (CDN), que pone el acento en la escucha¹. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio², al justificar la modificación del artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), ya se refiere al derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado. Por este motivo, en este artículo se ha optado por utilizar la expresión derecho a ser escuchado.

¹ Convención de los Derechos del Niño. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990 <https://www.boe.es/boe/dias/1990/12/31/pdfs/A38897-38904.pdf>

²Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222

El Defensor del Pueblo señala que en la tradición jurídica española la expresión “ser oído” no implica la obligación de asumir la posición de la persona oída. Sin embargo, el concepto de escucha en el marco de la CDN es más exigente, ya que además de atender a lo escuchado ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño³.

El derecho a ser escuchado del menor extranjero en cualquier procedimiento que le afecte ha puesto de relieve las deficiencias generales existentes en nuestro ordenamiento jurídico para hacer efectivos los derechos de los que son titulares las personas menores de edad, sean extranjeras o no.

A mi juicio, las limitaciones para el ejercicio de este derecho son de índole fundamentalmente práctica ya que, como se analizará continuación, a pesar de que existe un reconocimiento del derecho en nuestro ordenamiento, siguen apareciendo reticencias para considerar a la persona menor de edad titular de los derechos fundamentales que le corresponden a cualquier ser humano.

CAMPOY CERVERA considera que, aun reconociendo que el menor es titular de todos los derechos fundamentales, la cuestión principal se centra en delimitar el grado de limitación de esos derechos en el ordenamiento jurídico. Tras describir varios modelos propone partir del principio básico de que se ha de respetar al máximo posible la libertad de cada persona en el ejercicio de sus derechos como el modelo más adecuado para un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los menores. Entiende que es posible imponer límites a la libertad de la persona siempre que existan razones que permitan justificadamente presuponer que la persona no tiene la razón o la experiencia suficiente para ejercer libremente sus derechos sin que exista una considerable posibilidad de que impida o dificulte gravemente sus planes de vida, el libre desarrollo de su personalidad o que pueda dañar ilegítimamente a terceros. Además se admite que la edad pueda ser en ocasiones causa suficiente de justificación para la imposición de límites⁴.

Coincido con este autor en que la búsqueda de la solución más justa (considerando la libertad como valor más preeminente) permitiría justificar en unos casos que el legislador, en lugar de fijar un límite de edad para considerar que la voluntad de un menor sea jurídicamente vinculante para el ejercicio de

³ DEFENSOR DEL PUEBLO. La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia, 2014. Disponible en línea <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

⁴ CAMPOY CERVERA, I. La fundamentación de los derechos de los niños, Modelos de reconocimiento y protección. Dykinson, Madrid, 2006.pp. 997-1002.

sus derechos, establezca un límite de edad para el libre ejercicio de cada derecho. Sin embargo, como se analizará seguidamente este deseo está lejos de ser una realidad.

En este artículo analizaré en primer lugar el contenido del artículo 12 CDN y abordaré a continuación las condiciones imprescindibles para hacer efectivo el derecho a ser escuchado y la conexión que existe entre ese derecho y la consideración primordial de su interés superior.

2. Alcance del contenido del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación general número 6, relativa al *trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen* dedica un apartado al derecho del niño a expresar su opinión libremente⁵.

De acuerdo con el artículo 12 CDN el citado Comité recomienda que, al determinar las disposiciones que han de adoptarse respecto de los menores no acompañados o separados, se recaben y tengan debidamente en cuenta sus deseos y opiniones. La efectividad de ese derecho dependerá de la información que se ponga a disposición del menor que deberá proporcionarse en forma que sea acorde con su madurez y nivel de comprensión.

2.1 Observación general número 12 del Comité de los Derechos del Niño: el derecho del niño a ser escuchado

Por su parte, mediante la Observación general número 12, el Comité de los derechos del niño abordó *el derecho del niño a ser escuchado*⁶.

Comienza destacando en su introducción que el artículo 12 CDN es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos por tres motivos:

a. Toma en consideración la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos.

⁵ Observación general n°6 (2005) *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Comité de los Derechos del niño 39° periodo de sesiones <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>

⁶ Observación general n° 12 (2009) *El derecho del niño a ser escuchado*. Comité de los Derechos del niño 51° periodo de sesiones <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

b. Garantiza a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose en cuenta sus opiniones en función de su edad y de su madurez.

c. Establece que debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.

Destaca también que el artículo 12 es uno de los cuatro principios generales de la CDN, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño. El citado precepto no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos⁷.

Se llama la atención acerca de las prácticas que siguen obstaculizando el derecho del niño a expresar su opinión en la mayoría de las sociedades del mundo. Un ejemplo de los obstáculos que encuentran los niños para expresar su opinión en los procedimientos que les afectan lo constituyen las dificultades para acceder a la tutela judicial efectiva en los distintos procedimientos administrativos y judiciales.

2.2 Análisis de la Observación General sexta del Comité de los Derechos del niño: el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen

La citada Observación general realiza, en primer lugar, un análisis jurídico de los dos párrafos del artículo 12 y a continuación explica las condiciones imprescindibles para que se haga realidad plenamente este derecho, en particular en los procedimientos judiciales y administrativos.

En su párrafo primero dispone que los Estados partes "garantizarán" el derecho del niño a expresar su opinión libremente. El Comité recuerda que el término jurídico "garantizarán" no deja margen a la discreción de los Estados partes que habrán de adoptar las medidas necesarias a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños. Esa obligación se compone de dos elementos destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones.

⁷ *Ibidem*, en apoyo de esta afirmación recuerda que hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente "algunos países han fijado una edad mínima para el derecho del niño a ser escuchado, por ejemplo en procedimientos de custodia relativos a la separación o divorcio de los padres. Sin embargo, la Convención no comparte este punto de vista, y los Estados Partes no pueden invocar el principio del interés superior del niño para sustraerse a las obligaciones contraídas en virtud del artículo 12" p. 179.

Los Estados partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio". El Comité analiza el significado de esta expresión advirtiendo que no debe entenderse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Lo anterior significa que los Estados deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas. Se aborda también la discutida cuestión del límite de edad para el ejercicio del derecho del niño a expresar su opinión. Es importante destacar que el Comité desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que le afectan⁸.

Para la plena aplicación del artículo 12 establece la importancia de que los Estados partes reconozcan y respeten todas las formas de comunicación, incluidas las no verbales como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

Se ha de destacar también la insistencia del Comité en hacer comprender a los Estados que el niño no necesita tener un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que le afectan para estar en condiciones de formarse un juicio propio sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.

El Comité se refiere específicamente a la obligación que tienen los Estados de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión como niños con discapacidad, pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario.

El niño tiene el "derecho de expresar su opinión libremente". Al analizar el término "libremente" el Comité recuerda la importancia de que el niño pueda expresar sus opiniones sin presión y escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. Significa también que el niño no puede ser manipulado

⁸ *Ibidem*, "la obligación de los Estados Partes de garantizar al niño el derecho a expresar sus opiniones libremente no admite limitaciones. Esto quiere decir que no existe un sector reservado a la autoridad de los padres o de los adultos (el hogar o la escuela por ejemplo) donde no tenga cabida la opinión del niño", p. 179.

ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas, sin olvidar la perspectiva propia del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás⁹.

Para la efectividad de este derecho se han de procurar unas condiciones que tengan en cuenta la situación individual y social del niño y un entorno en el que se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones. El Comité alerta acerca de la dificultad del proceso de escuchar al niño y de la necesidad de impedir la repetición de entrevistas que pueden causarles efectos traumáticos. Se aborda también la importancia de informarle de las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. Ese derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño.

Los Estados partes deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones "en todos los asuntos" que le afecten. En el análisis de este apartado el Comité explica que el grupo de trabajo de composición abierta establecido por la Comisión de Derechos Humanos que redactó el texto de la CDN rechazó una propuesta para definir esos asuntos mediante una lista que limitara la consideración de las opiniones de un niño o un grupo de niños. Se decidió que el derecho a ser escuchado debía referirse a "todos los asuntos que afectan al niño".

Es necesario tener debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. Para hacer efectivo este derecho se habrá de evaluar su capacidad en cada momento. No basta con escucharle, sus opiniones tienen que tomarse en consideración seriamente desde el momento en el que sea capaz de formarse un juicio propio.

Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño.

El término "madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño.

⁹ UNICEF. Manual de aplicación de la Convención sobre los derechos del Niño. 2004. pp. 173-195 https://www.unicef.org/spanish/publications/files/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child.pdf

El Comité señala que en el contexto del artículo 12 la madurez es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente.

Se destaca del apartado segundo del artículo 12 el alcance de derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño". El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales y administrativos que le afecten, sin limitaciones. Exhorta además a los Estados partes a introducir medidas legislativas por las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y sus consecuencias. Se analiza específicamente la importancia del entorno y de los procedimientos para escucharle de manera eficaz.

Una vez que el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado". El Comité recomienda que, siempre que sea posible, se le brinde la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento. Respecto al representante, recuerda el riesgo de conflicto de intereses entre éste y el niño y la importancia de que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas o instituciones.

La expresión del artículo 12, referida a que la representación del menor debe estar "en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional", no debe interpretarse en el sentido de que permiten utilizar procedimientos que restrinjan o impidan el disfrute de este derecho fundamental. Por el contrario, se alienta a los Estados partes a que cumplan las normas básicas de imparcialidad de los procedimientos, como el derecho a la defensa y el derecho a acceder a su expediente.

3. Condiciones imprescindibles para hacer efectivo el derecho a ser escuchado

Se analizan ahora, siguiendo la Observación general número 12, las condiciones imprescindibles para que se haga realidad plenamente el derecho del menor a ser escuchado, en particular en los procedimientos judiciales y administrativos. El Comité establece cinco medidas para hacer realidad el derecho a ser escuchado siempre que un asunto le afecte o cuando sea invitado a dar su opinión en un procedimiento oficial, así como en otras circunstancias:

- a) Preparación: Los adultos encargados de escuchar al niño deben asegurarse de que esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que le afectan y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese. El niño debe recibir además información sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante y ser consciente de las posibles consecuencias de esa elección. El responsable de adoptar decisiones debe prepararlo debidamente antes de que este sea escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde se lo escuchará y quiénes serán los participantes, teniendo en cuenta sus opiniones a ese respecto.
- b) Audiencia: El contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser adecuado e inspirar confianza, de modo que pueda estar seguro de que va a ser escuchado y que sus opiniones se tomarán en consideración. El adulto que escuchará sus opiniones puede ser una persona que intervenga en los asuntos que le afectan como un maestro o un trabajador social; un encargado de adoptar decisiones en una institución como el director del centro o un juez o un especialista como un psicólogo o un médico. Es preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad.
- c) Evaluación de la capacidad del niño: Siempre que en el caso concreto se verifique que el niño es capaz de formarse un juicio propio, sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta. El encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente. Resulta imprescindible el establecimiento de buenas prácticas para evaluar su capacidad.
- d) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño: El encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de estos resultados es una garantía de que sus opiniones no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia.

e) Quejas, vías de recurso y desagravio: Es necesario disponer de legislación para ofrecer a los niños procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones no se cumpla. Los niños deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a ellos para expresar sus quejas. En el caso de los conflictos familiares sobre la consideración de las opiniones de los niños, debe tener la posibilidad de recurrir a una persona de los servicios de juventud de la comunidad. Si el derecho a ser escuchado se vulnera en relación con procedimientos judiciales y administrativos debe tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia que ofrezcan vías de recurso para las violaciones de derechos. Los procedimientos de denuncia deben proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo.

3.1 Observaciones finales a España del Comité de los Derechos del niño en 2010

En el año 2010 el Comité de Derechos del niño recomendó a España, con motivo de las observaciones finales tras el examen del grado de cumplimiento de la CDN, que prosiguiera e intensificara su labor para aplicar plenamente su artículo 12, promoviendo el debido respeto por las opiniones del niño a cualquier edad en los procedimientos administrativos y judiciales, como las vistas que se celebren sobre su custodia y las causas sobre inmigración, así como en la sociedad en general¹⁰.

También recomendó que promoviese la participación del niño, facilitase el ejercicio efectivo de ese derecho y velara porque se tengan debidamente en cuenta sus opiniones en todos los asuntos que le conciernen en la familia, la escuela y otros entornos, como la comunidad, la formulación de políticas nacionales, así como en la aplicación y evaluación de planes, programas y políticas.

Respecto a los procedimientos de tutela, custodia y alojamiento y representación legal del menor, recordaba la necesidad de que se tengan en cuenta sus opiniones y que la información que se le proporcione sea acorde con su madurez y nivel de comprensión, con asistencia de intérprete en el caso de que sea necesario.

¹⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observaciones finales: España 55º, período de sesiones 13 de septiembre a 1º de octubre de 2010 <https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Observaciones.pdf>

4. La conexión entre el derecho a ser escuchado del menor y la consideración primordial de su interés superior

La Observación general 12, dedicada al derecho del niño a ser escuchado, se completa con la Observación general 14 (2013) sobre el *derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*¹¹.

Los artículos 3 y 12 CDN tienen funciones complementarias, de modo que el primero no puede ser correctamente aplicado si no se cumplen los requisitos del segundo. No es posible determinar correctamente el interés superior del menor sin respetar los elementos de su derecho a ser escuchado. Del mismo modo, su interés superior exige el respeto a su papel esencial en todas las decisiones que afecten a su vida.

4.1 La búsqueda del interés superior del menor adaptada a los menores extranjeros no acompañados

La ya citada observación general número 6, dedicada a los menores extranjeros no acompañados, concreta la búsqueda del interés superior para este grupo de menores estableciendo que:

1°. Si se trata de un menor desplazado, el principio ha de respetarse durante todos los momentos de la situación de desplazamiento, documentándose que en las decisiones se ha tenido en consideración la determinación del interés superior.

2°. Recuerda la importancia en estos casos de realizar de una manera clara y a fondo la identidad del menor y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Para poder realizar esta imprescindible evaluación se ha de permitir su acceso al territorio y realizar esa evaluación en un ambiente seguro y amigable y a cargo de profesionales competentes, formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género.

3°. El nombramiento de un tutor competente lo antes posible, constituye una importante garantía procesal para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia.

¹¹ Observación General nº 14 (2013) sobre el *derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Comité de los Derechos del niño. 62º periodo de sesiones http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf

El Comité recuerda que no se deberían iniciar procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos hasta que se haya producido el nombramiento de un tutor. Además, para el procedimiento de asilo o de otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales se le debería nombrar un representante legal.

4.2 Los tribunales de justicia como actores relevantes en la búsqueda del interés superior del menor

El artículo 3.1 CDN nombra expresamente a los tribunales de justicia como uno de los actores que habrán de tomar el interés superior del menor como consideración primordial en la toma de decisiones que le afecten.

La Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, en un seminario celebrado en Barcelona en junio de 2012 bajo el título *Judicial Implementation of Article 3 of the Convention on the Rights of the Child in Europe : The case of migrant children including unaccompanied children* estudió el impacto que el artículo 3 CDN tenía en las resoluciones judiciales de varios países europeos, entre ellos España, cuando se trataban casos de menores migrantes en general y, especialmente menores extranjeros no acompañados¹².

Este estudio se centra en comprobar hasta qué punto los tribunales de justicia nacionales y regionales de los países europeos toman en consideración el contenido del artículo 3 CDN a la hora de tomar una decisión en cuatro procedimientos específicos: procedimientos de determinación de la edad; decisiones para la búsqueda de una solución duradera; acceso a servicios sociales básicos y garantías procedimentales a tener en cuenta para hacer efectivo el derecho a ser oído del menor en los procedimientos que le afecten.

Se señala en primer lugar que los tribunales europeos reconocen el carácter vinculante de la CDN y que, por tanto, debe ser tomada en cuenta en las resoluciones judiciales nacionales que afecten a los niños.

¹² OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS REGIONAL OFFICE: *Judicial Implementation of Article 3 of the Convention on the Rights of the Child in Europe: The case of migrant children including unaccompanied children*. Junio, 2012. Disponible en línea en <http://www.refworld.org/docid/5135ae842.html>

En ese proceso se supone que los tribunales nacionales conocen y aplican la jurisprudencia que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de menores. Las resoluciones de estos tribunales constituyen también una importante fuente de buenas prácticas a la hora de determinar el superior interés del menor en los casos concretos.

Con estos presupuestos, el citado estudio analiza cómo los tribunales de instancia y de apelación aplican el interés superior del menor en situaciones concretas que afectan a menores migrantes, especialmente en situación irregular y no acompañados.

Se estudia por un lado si los tribunales nacionales aplican el interés superior del menor cuando resuelven casos que afectan a menores migrantes y, de otra parte, si aplican el artículo 3 CDN de manera aislada o en conjunto con otras provisiones legales internacionales o nacionales.

Por último, se analiza también el peso de la determinación del interés superior del menor en estos casos al adoptar la decisión final y si se tienen en cuenta los comentarios que el Comité de los derechos del niño realiza relativos a cuestiones generales o en relación al país concreto.

Las conclusiones del estudio resultan de interés en este punto ya que son indicativas de las diferencias existentes entre las distintas autoridades nacionales de inmigración y los tribunales de justicia. Resulta un claro ejemplo de la tensión entre dos lógicas enfrentadas: protección del menor versus control de los flujos migratorios¹³.

¹³ ARCE JIMÉNEZ E. Tesis doctoral inédita “Menor y extranjero: dos lógicas enfrentadas” Universidad de Málaga 2016: Conclusiones. “En este trabajo se ha presentado la situación de los menores extranjeros en España a través del enfrentamiento entre dos lógicas, el control de los flujos migratorios por una parte, y las normas de protección de menores, por otra. La lógica del control de los flujos migratorios se basa en una identificación del contenido de la regulación de la entrada y permanencia de los extranjeros en España con la necesidad de mano de obra extranjera en un momento concreto. La entrada y residencia de los familiares del trabajador extranjero se hace depender de su condición de trabajador y del cumplimiento de estrictos requisitos. En este contexto, la regulación de las condiciones de entrada y residencia de menores extranjeros se vincula, en primer lugar, a la situación del adulto responsable que lo trajo a España o, para los nacidos en nuestro país, a la situación de regularidad documental de sus progenitores o tutores legales. Tan solo en uno de los supuestos estudiados, la regulación de las condiciones de residencia de los menores extranjeros no acompañados, se hace depender de su propia situación como menor tutelado por una Administración pública, considerándose su residencia legal a todos los efectos desde el momento en el que es puesto a disposición de los servicios de protección de menores. Por su parte, la lógica del sistema de protección de menores nace de las obligaciones suscritas por el Estado tras la ratificación de la CDN y se basa en cuatro principios: derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, el derecho a ser escuchado y la consideración primordial del interés superior del niño. Los menores extranjeros se encuentran con frecuencia atrapados entre esas dos lógicas. Lo que supone en la práctica que acabe primando su condición de extranjero, o la situación de irregularidad documental de sus progenitores, por encima de su condición de menores. Desde el contexto anteriormente descrito y tras analizar la regulación de los derechos de los menores extranjeros en España se llega a la conclusión de que el Estado escenifica a la perfección la utilización del discurso internacional de los derechos humanos para su autolegitimación ante la comunidad internacional. Así, se proclama la no discriminación en función de la nacionalidad de los menores que

Se resumen a continuación las conclusiones más destacadas:

1. Los tribunales nacionales aplican con frecuencia el principio del interés superior del menor cuando resuelven casos relativos a menores extranjeros. Sin embargo, se constatan significativas diferencias entre la interpretación judicial y la aplicación del artículo 3 CDN, no solo entre los distintos países miembros de la UE, sino entre los propios tribunales de justicia del mismo país. Algunos tribunales nacionales expresan directamente su rechazo a aplicar directamente el citado artículo argumentando que su contenido no es lo suficientemente preciso y completo. Sin embargo, otros tribunales como los españoles, italianos y franceses realizan frecuentes referencias al artículo 3 CDN como fundamento de sus decisiones. En muchos casos se invoca el principio del interés superior del menor sin hacer una referencia directa al artículo citado, lo que puede explicarse por el hecho de que el citado principio ha sido incorporado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales europeos así como en las directivas y reglamentos de la Unión Europea.

2. En general el artículo 3 CDN no es invocado en solitario por los tribunales nacionales, sino de manera conjunta con otros tratados internacionales o normas internas. Es frecuente que se invoque junto a los artículos 3 (prohibición de la tortura) y 8 (respecto a la vida privada y familiar) del CEDH o junto a otros artículos de la CDN como el 2 (no discriminación) o el 9 (vida en familia), entre otros. Los comentarios y observaciones generales del Comité de los derechos del niño no suelen ser mencionadas por los tribunales nacionales en sus resoluciones.

3. El interés superior del menor es aplicado tanto como una garantía procesal como un estándar sustantivo ejemplo de aplicación como garantía procesal son aquellas resoluciones en las que los tribunales mantienen que el interés superior del menor exige que la presunción de minoría de edad se mantenga en los procedimientos de determinación de la edad y de asilo; o en aquellos casos en los que los tribunales reconocen la capacidad del menor para ser oído en un procedimiento judicial. El interés superior del menor como estándar sustantivo se encuentra por ejemplo en aquellas resoluciones que consideran como opciones posibles, para encontrar una solución duradera en el caso de un menor extranjero, tanto el retorno a su país de origen como la posibilidad de que su familia se reagrupe con él en el país de acogida.

se encuentran en nuestro territorio y, al mismo tiempo, se establecen procedimientos administrativos que dificultan, hasta dejar sin efecto práctico, la anterior proclamación”.

4. Los tribunales nacionales reconocen la capacidad del menor para oponerse a las resoluciones administrativas y dirigirse a los tribunales competentes para solicitar su revisión. Se reconoce también la capacidad del menor, con un grado de madurez suficiente, a comparecer por sí mismo ante los tribunales de justicia. Sin embargo, se constata que en muy contadas ocasiones los tribunales revocan el fondo de las resoluciones administrativas y se limitan, en su caso, a ordenar a los órganos administrativos a que vuelvan a ser ellos los que valoren el interés superior del menor en el caso concreto.

5. El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en el ordenamiento jurídico español

La concepción del menor como sujeto de derechos, como un individuo con opiniones propias que deberán ser tenidas en consideración en función de su grado de madurez es, como ha quedado reflejado en los anteriores apartados, no solo una proclamación genérica de la CDN sino el contenido esencial de la misma y el principal parámetro desde el que su Comité examina a los Estados parte y a cuyo desarrollo se han dedicado gran parte de sus observaciones generales.

5.1 Análisis del Defensor del Pueblo

El Defensor del Pueblo, en el informe *La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, tras analizar el contenido de la citada Observación general número 14, resumió en cuatro puntos las cuestiones principales a tener en cuenta para analizar el concepto del interés superior del menor en la práctica de los procedimientos administrativos y judiciales en derecho español¹⁴:

- a. El interés del niño ha de considerarse superior a los demás intereses en juego y su exigibilidad no queda al criterio de los estados.
- b. Estamos ante un concepto complejo y no unívoco, que debe determinarse caso por caso.
- c. Existe un riesgo de abuso del concepto por parte de autoridades, fruto de determinaciones apriorísticas por motivaciones ideológicas o por prioridades en la asignación de recursos públicos; por

¹⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO. *La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia* <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

los padres o tutores, en defensa de sus propios intereses; o por los profesionales implicados, que pueden desatender la obligación de contemplar el interés superior por considerarlo carente de importancia o por padecer limitaciones de medios que le compliquen asumir esta tarea.

d. Para concretar en un caso el interés superior se han de establecer dos momentos: el primero para la evaluación de los elementos que son relevantes en el caso concreto, con ayuda de un equipo multidisciplinar a fin de determinar cuáles van a ser los intereses en juego. Una vez determinado lo anterior se ha de establecer un proceso estructurado y con garantías estrictas que permita la determinación del interés superior en el caso concreto.

5.2 Referencias al derecho a ser escuchado y al interés superior del menor en derecho español

En el ordenamiento jurídico español, las referencias al derecho a ser escuchado del menor y el reconocimiento a la necesidad de tomar en consideración su interés superior en cualquier decisión que se adopte sobre él, ha sido una proclamación repetida tanto en la exposición de motivos de la LOPJM, como en su modificación por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. Esta última norma expresamente señala en su exposición de motivos que la reforma va encaminada a desarrollar y reforzar el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario¹⁵.

Justifica también en la citada exposición de motivos la modificación, entre otras cuestiones, en la necesidad de dotar de contenido el concepto del interés superior del menor. Se cita también la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los criterios de la Observación general nº 14 para justificar la modificación de su artículo 2.

La norma define el interés superior del menor desde un contenido triple: como un derecho sustantivo, un principio general de carácter interpretativo y una norma procedimiento. Todo ello con una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral¹⁶.

¹⁵ GÓMEZ MEGIAS, A. “Aspectos básicos de La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia”, Diario La Ley, Nº 8590, Sección Documento on-line. Editorial LA LEY, 24 de Julio de 2015.

¹⁶ PANIZA FULLANA, A. “La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio”. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, Nº 8/2015. Parte Estudio.

Por su parte, el artículo 9 establece que el menor tiene el derecho a ser oído y escuchado en el ámbito familiar y en todo procedimiento judicial, administrativo o de mediación en el que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social. Se garantizará además que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar ese derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez será valorada por personal especializado, pero en todo caso se entenderá que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga los doce años cumplidos.

El Defensor del Pueblo llama la atención acerca de la necesidad de contar con personas que dispongan de formación específica en habilidades para el trato con los menores. En el análisis que realizó de la revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia con motivo del informe *La escucha y el interés superior del menor* alertaba de que en la práctica, la organización de los equipos psicosociales no es uniforme, lo que induce a una heterogeneidad de enfoques, además de problemas para atender con agilidad la carga de trabajo. Además, no existe una composición estándar de estos equipos, lo que hace que en la práctica se utilicen diferentes procedimientos de trabajo y que, en ocasiones, el equipo pierda la condición de multidisciplinar. También se puso en evidencia la falta de un protocolo común de actuación para evitar disparidad en el contenido de los informes¹⁷.

5.3 Especial referencia al derecho a ser escuchado de los menores extranjeros en el ordenamiento jurídico español

En el caso de los menores extranjeros resulta necesario recordar que el artículo 4 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)¹⁸ establece que en los procedimientos administrativos, incluidos los que afecten al menor, estarán legitimados para intervenir como interesados quienes promuevan el procedimiento como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos¹⁹.

¹⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO *La escucha y el interés superior del menor...* Op. cit.

¹⁸ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015 <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10565-consolidado.pdf>

¹⁹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas *Artículo 4. Concepto de interesado*. “1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: a) *Quienes lo promuevan como titulares de derechos o*

En este mismo sentido, el artículo 20.3 de la Ley Orgánica de los Derechos y Deberes de los extranjeros en España y de su integración social (LOEXIS) concreta que estos posibles interesados pueden ser las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos²⁰.

Se garantiza también la posibilidad de que el menor pueda ejercitar su derecho a ser oído utilizando intérpretes, expresando su opinión de manera verbal o a través de formas no verbales de comunicación. Cuando no sea posible o no convenga a su interés se podrá conocer su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

En la práctica resulta frecuente encontrar supuestos en los que, a pesar de ser evidente que los intereses del menor están en juego, son sus representantes legales los que asumen el papel de ser los transmisores de su interés. Lo ambiguo de la expresión “no convenga” contenida en el apartado dos in fine del artículo 9.2 que se está analizando, contribuye a esa práctica.

Tampoco aclara la cuestión la dicción literal del artículo 162 del Código Civil (CC), al referirse a los actos que quedan exceptuados de representación legal²¹. En su primer apartado se refiere a los actos relativos a derechos de la personalidad u otros el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo²².

intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. 2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca. 3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”.

²⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. <https://www.boe.es/boe/dias/2000/01/12/pdfs/A01139-01150.pdf> Artículo 20.3 Derecho a la tutela judicial efectiva. “3. En los procedimientos administrativos estarán legitimadas para intervenir como interesadas las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos”.

²¹ Código Civil Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf> Artículo 162. “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1. Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. 2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158”.

²² MORENO GIL, O. Código Civil y jurisprudencia concordada. Boletín Oficial del Estado, p. 347

La reforma operada en la LOPJM por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio ha aclarado el apartado tercero del artículo 9 en lo que se refiere a la motivación de la denegación de la comparecencia o audiencia del menor en vía administrativa o judicial, señalando que tan solo se podrá motivar en el interés superior del menor y que se realizará por resolución motivada, con indicación de los recursos existentes contra tal decisión.

Además, desde la entrada en vigor del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños²³, se establecen una serie de derechos procesales del niño y se insta a los Estados a examinar la oportunidad de su implantación para asegurar la capacidad del menor a ser escuchado en cualquier procedimiento que le afecte y a que su opinión pueda ser realmente tenida en cuentaⁱ. Todas sus previsiones se centran en el ámbito judicial y, por tanto, no tienen en la práctica impacto directo respecto a las principales vulneraciones de derechos que se detectan en los procedimientos que afectan a los menores extranjeros que tienen como nota fundamental la fuerte intervención de la Administración y las dificultades de acceso a la revisión judicial efectiva de las decisiones que se adoptan respecto a ellos²⁴.

Con referencia al derecho a ser oído del menor extranjero, el Defensor del Pueblo con ocasión del informe monográfico sobre el *Derecho a la asistencia jurídica de los extranjeros en España* recuerda que es un derecho fundamental que se constituye en un mecanismo integrador del interés superior del menor, que se garantiza no sólo con preguntarle su opinión, puesto que incluye además la materialización de otros igualmente importantes, tales como el previo a ser informado sobre sus derechos, las circunstancias en que se encuentra, las decisiones que respecto a él puedan ser acordadas, y sobre los medios y las vías de recurso con las que cuenta.

Supone además la necesidad de ofrecerle al menor la oportunidad de manifestar “libremente” su opinión, la cual deberá ser respetada y sopesada con seriedad en cualquier procedimiento de tipo

²³ Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. BOE 21 de febrero de 2015 <https://www.boe.es/boe/dias/2015/02/21/pdfs/BOE-A-2015-1752.pdf>

²⁴ Respecto a las categorías de procesos a los que les es de aplicación este Convenio, España declara que serán los procesos que versen sobre: Nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos. Guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores. Filiación, paternidad y maternidad. Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Adopción de medidas de protección sobre los menores en los supuestos contemplados en los artículos 158 y 216 del Código Civil. Adopción de medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional. Aspectos relativos al ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores. Acogimiento de menores y la adopción. Nombramiento de tutor o curador. Cualquier proceso de familia en el que los derechos del menor puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

judicial o administrativo que le afecte. Insiste además en que la participación especial de los menores en tales asuntos no debe ser meramente simbólica, sino que ha de estar dirigida a determinar unas opiniones que sean representativas²⁵.

En el informe citado se destaca también la necesidad de que por parte de las distintas administraciones implicadas se garantizase el derecho de los menores extranjeros a expresar su opinión y a que ésta sea evaluada objetivamente. Para ello se consideraba indispensable que estos dispusieran de una asistencia jurídica independiente a los intereses de la Administración. Se formularon también varias recomendaciones relativas a la asistencia letrada para los menores extranjeros no acompañados. Se destaca la que se dirigió al Ministerio de Justicia al que se recomendó que, haciendo uso de la iniciativa legislativa del Gobierno para modificar el marco normativo existente, se estableciera de manera individual el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los menores extranjeros no acompañados o a los menores acompañados en aquellos caso en los que se aprecie una colisión de intereses con los de sus padres o tutores, respecto de todos aquellos procedimientos administrativos o judiciales que les afecten.

6. El conflicto de intereses en los procedimientos de repatriación de menores extranjeros no acompañados.

El procedimiento para la repatriación de los menores extranjeros no acompañados, tutelados por una administración pública, a su país de origen o a aquel en el que se encuentren sus familiares pone de nuevo de manifiesto con claridad el choque entre las dos lógicas que se enfrentan: la protección del menor versus el control de los flujos migratorios.

La CDN proclama en su artículo 9, el derecho del niño a vivir con su padres, excepto en los casos que la separación sea necesaria para su interés superior. En su artículo 3, la CDN establece que todas las medidas que se establezcan respecto del niño tendrán en consideración su interés superior.

Pues bien, como se podrá comprobar en este apartado, cuando se habla de menores extranjeros no acompañados, estos dos preceptos de la CDN parecen convertirse en un juego de palabras en el que se

²⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*. Madrid, 2005, pp. 320-321 https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/1994-01_Situaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-y-asistencial-de-los-extranjeros-en-Espa%C3%B1a.pdf

acaba diciendo que: el interés del menor extranjero no acompañado es, en todo caso, estar en su país con o sin sus padres.

La primera reflexión que surge tras analizar el apartado dedicado a la repatriación del artículo 35 LOEXIS es ¿en interés de quién? La LOEXIS intenta responder a esta cuestión en un difícil equilibrio: por un lado aclarando que lo establecido en la legislación de extranjería se entenderá sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los tratados internacionales de los que España sea parte y, al mismo tiempo, estableciendo que el ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana.

La segunda reflexión se centra en las consecuencias que para el menor extranjero no acompañado acarrea el acceder o permanecer de manera irregular a territorio nacional. Si el extranjero es mayor de 18 años la infracción que comete está sancionada con la expulsión o devolución de territorio nacional. Si es menor de 18 años, y se reconoce su condición de menor extranjero no acompañado, su infracción será “premiada” con una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en el que fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

Se analiza a continuación lo establecido en la CDN, como tratado internacional específico en materia de derechos de los niños, al objeto de verificar si ese “sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales de los que España sea parte” se cumple o, si por el contrario, la “lógica del control de flujos migratorios” consigue dejar sin efecto principios básicos consagrados en la CDN que, como ya se ha señalado, se ha de aplicar a cualquier menor que se encuentre en territorio del Estado, sin discriminación y, entre otras cuestiones, con independencia de la forma en la que haya accedido a ese territorio.

7. Análisis de las posibilidades de reunificación familiar como solución duradera

La Observación general número 6 del Comité de los Derechos del niño dedica un apartado a lo que denomina “reunificación familiar, retorno y otras soluciones duraderas.

Se establece que, de acuerdo con un criterio basado en los derechos, la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar. Esa localización de la familia debe ser prioritaria ya que es un ingrediente esencial de la búsqueda de una solución duradera. Se señala sin embargo, que no se deberá realizar cuando el acto de localización o la forma en que ésta se realiza vaya en contra del interés superior del menor o pueda poner en peligro los derechos fundamentales de las personas que se trata de localizar.

Analiza los supuestos en los que la reagrupación del menor con su familia puede ser contraria a su interés, diferenciando entre aquellos casos en los que no se debe producir en ningún caso, cuando el niño haya sido objeto de abandono o de maltrato, de aquellos otros casos en los que sí sea conveniente la reagrupación del menor con su familia, solamente en algunos lugares del territorio.

En ambos casos se cita expresamente el derecho del niño a expresar su opinión libremente, como elemento esencial a tener en cuenta cuando se analice la solución duradera en el caso concreto.

Se recuerda además que esa reagrupación será contraria a su interés en aquellos casos en los que exista un riesgo razonable de que el retorno se traduzca en la violación de los derechos fundamentales del menor. Este riesgo se producirá indiscutiblemente al reconocerle al menor la condición de refugiado o cuando las autoridades están analizando la aplicabilidad del principio de no devolución.

Se analizan también aquellos casos en los que las circunstancias en el país de origen presentan riesgos de nivel inferior y, por ejemplo, puede sospecharse que el menor se verá afectado por los efectos indiscriminados de una violencia generalizada. En estos casos se concluye que se prestará plena atención a estos riesgos frente a otras consideraciones fundadas en derechos como las consecuencias de una prolongación de la separación. Se recuerda que la supervivencia del menor es primordial y presupuesto del disfrute de los demás derechos. Para determinar si el retorno al país de origen redundará en su interés superior se tendrán en cuenta, entre otras cuestiones:

- La seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país.
- La existencia de mecanismos para la atención individual del menor.

- Las opiniones del menor manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12 CDN, así como las de las personas que le atienden.
- El nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen.
- El derecho del menor a "preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares" (artículo 8 CDN).
- La "conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño" y se preste atención "a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico" (artículo 20 CDN).

Cuando se haya verificado que los padres o miembros del círculo familiar ampliado no están en condiciones de atender al menor, el retorno al país de origen no se efectuará sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso al país de origen.

La Observación general número 6 establece que, de manera excepcional, el retorno de un menor a su país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente su interés superior y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor. Cita como ejemplo aquellos supuestos en los que el menor represente un grave peligro para la seguridad del Estado o de la sociedad.

Sin embargo, especifica con claridad que los argumentos no fundados en derechos, como por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior del menor.

En conclusión, para el Comité de los derechos del niño la reagrupación del menor con su familia o el retorno a su país de origen están supeditados en todo caso a la evaluación en cada caso concreto de que esa solución sea compatible con su interés superior y, en todo el procedimiento, se establece la obligación de tomar en consideración la opinión del menor.

8. La ausencia de garantías antes de la entrada en vigor del RELOEXIS aprobado por el Real Decreto 577/2011

La LPACAP prevé expresamente que, en los procedimientos administrativos, el menor pueda intervenir por sí mismo para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté

permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela²⁶.

Sin embargo, el ejercicio del derecho del menor a ser escuchado en los procedimientos de repatriación no se contempló hasta la entrada en vigor del reglamento de extranjería, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²⁷.

8.1 Referencias a los informes del Defensor del Pueblo

A través de los informes del Defensor del Pueblo se pueden analizar vulneraciones de derechos básicos, no solo del derecho a ser escuchado de los menores extranjeros que durante varios años fueron sometidos a procedimientos de repatriación ausentes de las garantías más básicas, sino de otros derechos²⁸.

Las primeras referencias que se realizan en los citados informes anuales a este asunto se refieren a la ausencia de garantías detectadas en las repatriaciones que se realizaban con menores extranjeros desde Melilla a Marruecos. En el informe correspondiente al año 2001, el Defensor del Pueblo alertaba acerca de la falta de constancia en los expedientes examinados de estudio individualizado de la situación sociofamiliar del menor y de la existencia de modelos normalizados y colectivos en los que la Delegación del Gobierno de la citada ciudad autónoma, mediante resolución colectiva, establecía que “la medida de reintegración familiar es la procedente al ser el entorno familiar el mejor para el desarrollo de los menores”²⁹.

²⁶ Artículo 3.b de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Capacidad de obrar Los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.*

²⁷ Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE nº 6 de 7 de enero de 2005 <https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-323-consolidado.pdf>

²⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, C. “Los menores extranjeros no acompañados en los informes del Defensor del Pueblo” en LÁZARO GONZÁLEZ, I. y MOROY ARAMBARRI, B. (Coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*. Tecnos, Madrid 2010 pp. 35-48.

²⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO Informe anual 2001, pp. 253-254: “(...) ha sorprendido que en los expedientes remitidos por la Delegación del Gobierno y la Consejería de Bienestar Social y Sanidad de Melilla sobre las actuaciones realizadas para reagrupar a menores, no se haga alusión a las investigaciones efectuadas para la localización de la familia o a los contactos mantenidos con los servicios de protección de menores del país de origen de aquéllos. Tampoco existen documentos que permitan deducir que se ha realizado un estudio individualizado de la situación socio-familiar de los menores y del entorno al que se les va a devolver, para comprobar que no existe

Hasta el año 2005, el apartado dedicado en los informes anuales del Defensor del Pueblo a la repatriación de menores se centra fundamentalmente en la situación, se puede calificar sin temor a exagerar, de absoluta vulneración de derechos que se daba en Melilla, responsabilidad tanto de la Delegación del Gobierno como de la entidad autonómica de protección de menores.

En ese año, el informe anual recoge ya la petición del Defensor del Pueblo de la existencia de un letrado independiente, a fin de que estos menores puedan ver adecuadamente defendidos sus intereses en caso de conflicto de criterios con la entidad de protección. Ese mismo año comienzan también las referencias a las quejas relacionadas a repatriaciones efectuadas desde la Comunidad de Madrid³⁰.

situación de riesgo o peligro para éstos. Así, en los casos analizados, se ha comprobado que tras conocer la existencia del menor, la autoridad competente para llevar a cabo la repatriación acuerda que ésta se lleve a efecto, plasmando a continuación un párrafo modelo en la resolución para todos los interesados en el que se afirma que la medida de reintegración familiar es la procedente al ser el entorno familiar el mejor para el desarrollo de los menores. Esta Institución es plenamente consciente de que a la hora de adoptar una resolución deben conjugarse determinados elementos entre los que se incluyen de forma esencial la protección de las relaciones paterno-filiales. Por ello, en algunos casos cabe concluir que lo mejor para el menor es la reagrupación familiar. Sin embargo, tanto las normas vigentes como las sentencias dictadas en relación con esta materia vienen manifestando la necesidad de evaluar el problema tras el correspondiente análisis pormenorizado y exhaustivo de cada caso, siempre en función del interés del menor, para adoptar la decisión más acertada. A la vista de las situaciones analizadas, parece cuestionable que en todos los casos la reintegración a la unidad familiar y la convivencia en su entorno pueda configurarse de manera apriorística como la mejor de las alternativas posibles para todos los menores, tal y como se desprende de los escritos emitidos por la autoridad gubernativa. Por el contrario, en la práctica los menores no acompañados proceden, en su mayoría, de familias rotas y con una situación económica precaria. Pero aún resulta más cuestionable la solución de la reagrupación cuando un alto número de estos menores retornan irregularmente a España en plazos muy pequeños, a veces de horas. Por ello, aun cuando puede ser que lo mejor para el menor sea la reintegración familiar, tal decisión debe ser adoptada tras la realización de un estudio individualizado del caso que permita emitir un juicio objetivo. Debe rechazarse, por tanto, la elaboración de «modelos tipo» para todos los casos, pues tal solución choca frontalmente con el espíritu y la letra de las normas vigentes sobre protección de menores, sean extranjeros o no”.

³⁰ *Idem Informe anual 2005*, p. 312: “... tras la investigación realizada por esta Institución para el esclarecimiento de las circunstancias en las que se produjo la repatriación de un menor tutelado por la citada Comunidad. En el presente caso, la investigación tuvo por objeto analizar principalmente si el estado de salud del menor aconsejaba la repatriación en el momento en el que se produjo, con independencia de la procedencia de la resolución adoptada de reincorporar al menor a su entorno familiar. El citado menor fue declarado en desamparo en el año 2002. Ya en la propuesta de ratificación de la Comisión de orientación confirmando su tutela, se manifiesta que se considera conveniente gestionar con la mayor brevedad posible su reagrupación familiar en el país de origen, o, en su defecto, su derivación a los organismos de protección de Marruecos, dada su edad, su desarraigo social y su falta de referentes adultos en España. Poco tiempo después se solicitó formalmente a la Delegación del Gobierno que iniciase el procedimiento de repatriación para su reincorporación al entorno familiar. Tras la investigación realizada por esta Institución, se pudo comprobar que el menor estaba diagnosticado de candidiasis esofágica y tenía una cita médica, a la que no pudo acudir debido a su repatriación. La Administración, ante las dudas suscitadas no sólo sobre la procedencia de la repatriación en aquel momento sino sobre las dificultades para acceder a su domicilio, manifestó a esta Institución que el menor estaba bien y se encontraba en su domicilio en Marruecos al día siguiente de la repatriación, ya que un educador del centro en el que había estado tutelado había mantenido con él una conversación telefónica. Esta Institución, tras analizar el presente caso, llegó a la conclusión de que la repatriación en aquellas circunstancias no había sido correcta. Así, en uno de los informes médicos obrantes en el expediente, se indicaba el siguiente juicio diagnóstico: «Anemia ferropénica en estudio. Candidiasis esofágica. Recomendamos realizar serologías de virus hepatitis B y C y de HIV para continuar el estudio, dado el hallazgo de la endoscopia. Asimismo debe comenzar el tratamiento para la candidiasis esofágica». Por tanto, según los médicos que le estaban tratando, el menor debía someterse a nuevas pruebas médicas y debía iniciar un tratamiento para su enfermedad. Tales hechos no podían ser desconocidos por la Administración tutelante a juicio de esta Institución. Con la repatriación, el tratamiento quedó inevitablemente frustrado y ello ha implicado, como mínimo, la desatención médica del menor. Por otra parte se desconoce la gravedad que tal interrupción pueda suponer para su vida, en un país en el que resulta muy difícil que pueda recibir el tratamiento que recibía en España. No obstante, una entidad no gubernamental especializada en la atención sanitaria elaboró un informe sobre la asistencia médica en Marruecos que, en esencia, señalaba las grandes dificultades que encontraría el menor para ser asistido, y comunicaba que habían mantenido contacto telefónico con él, quien había manifestado padecer un deterioro de salud que el informe médico vinculaba directamente con la interrupción del

Varios de estos casos tuvieron una amplia repercusión mediática y fueron el inicio de una activa participación de varias organizaciones de la sociedad civil madrileña, responsables de los dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que se analizarán seguidamente, que consiguieron paralizar las repatriaciones sin garantías³¹.

En los años 2006 y 2007, las quejas sobre este asunto de las que se da cuenta en los informes del Defensor del Pueblo se refieren a las graves carencias detectadas en el procedimiento administrativo. Así, el Defensor del Pueblo recordaba que las resoluciones administrativas de repatriación debían ser formalmente emitidas y notificadas contemplándose, en consecuencia, los recursos de impugnación previstos por la normativa vigente.

En los citados informes se alertaba de que en ninguno de los casos evaluados se había notificado la resolución de repatriación al menor con el fin de que conociera su contenido y decidiera, en función de su edad y madurez, si deseaba recurrir la misma, asistido por un letrado independiente. Tanto la Fiscalía como la entidad de protección de menores consideraban que el proceso contaba con suficientes garantías puesto que se notificaba al Ministerio Fiscal y no consideraban necesaria la notificación al menor.

En el año 2007, el Defensor del Pueblo dirigió una recomendación a la entonces Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración a fin de que se elaborase un protocolo de actuación que contemplase de forma clara la obligación de notificar formalmente las resoluciones que se dicten sobre menores extranjeros no acompañados, especialmente las resoluciones de repatriación, conforme a la edad y grado de madurez de cada uno de ellos.

tratamiento. A juicio de esta Institución, una mínima evaluación de los recursos económicos de la familia del menor, hubiera permitido vislumbrar todos estos problemas. No es posible mantener en este caso que la actuación administrativa priorizó el superior interés del menor”.

³¹ HUMAN RIGHTS WATCH *Retornos a cualquier precio: España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías*. Octubre 2008. “En los últimos dos años, los tribunales han impedido y en muchos casos posteriormente anulado la repatriación a Marruecos de al menos 24 menores no acompañados. Varios casos han sido confirmados a nivel de apelación y uno de ellos estaba pendiente ante el Tribunal Constitucional español en septiembre de 2008. En todos esos casos, el tribunal impidió o anuló las repatriaciones acordadas por los representantes del gobierno y autorizadas por los fiscales que las consideraron conformes a derecho. Los motivos de las suspensiones y anulaciones eran tanto procedimentales como por cuestiones de fondo. Estos incluyeron decisiones de repatriación tomadas por la administración sin oír al menor y sin tener en consideración las posibles consecuencias a su regreso, así como su derecho a la tutela efectiva o que la repatriación atentaría contra el interés superior del menor”.

Asimismo, se recomendaba que se estableciera la obligatoriedad de que el menor fuese oído por la autoridad competente para decidir sobre su repatriación antes de que se dictara la resolución que proceda³².

8.2 Referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Se ha de recordar en este punto que, también en el año 2006, el TEDH, por sentencia de 12 de octubre, en el caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica (13178/03), marcó un importante hito al poner de manifiesto graves vulneraciones de derechos en las repatriaciones de menores³³.

En el caso citado, el TEDH condena al Estado belga por las condiciones en las que se mantuvo a una menor el tiempo que permaneció en territorio de aquél país, así como las condiciones en las que se llevó a cabo su repatriación. Se refiere el TEDH a las condiciones de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran los menores extranjeros no acompañados en Europa y recuerda a los Estados la obligación que tienen de velar de manera efectiva e inmediata por el cumplimiento de las garantías previstas en la CDN. Asimismo, llama la atención acerca de la tensión existente entre las medidas adoptadas por los Estados para la prevención de la inmigración irregular y la condición de sujetos de protección que otorgan los tratados internacionales a los menores, con independencia de su nacionalidad³⁴.

³² DEFENSOR DEL PUEBLO. *Recomendaciones y sugerencias 2007*, Recomendación 14/2007, de 10 de enero, sobre elaboración de un protocolo de actuación en la notificación de las resoluciones que se dicten, sobre menores extranjeros no acompañados, en los procedimientos de repatriación. BOCG, Sección Cortes Generales, IX Legislatura, Serie A, N° 14, p. 478.

³³ [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77447#{"itemid":\["001-77447"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77447#{)

³⁴ LÓPEZ ULLA, J.M. “Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado La obligación positiva de no dejarle en desamparo”. *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 32. UNED, 2013, pp. 481-497: “Las circunstancias del caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica fueron especialmente particulares: las autoridades belgas detuvieron en el Centro de tránsito del aeropuerto de Bruselas, habilitado solo para adultos, a una menor congoleña de cinco años de edad, de nombre Tabitha, que trataba de llegar hasta Canadá para reunirse con su madre. La niña, que estuvo detenida durante dos meses, separada de sus padres y sin medidas de acompañamiento acordes con su edad por parte de personal cualificado, finalmente fue expulsada. El Tribunal llegó a la conclusión de que las medidas adoptadas por los funcionarios de inmigración lejos habían quedado de ser suficientes. La extrema vulnerabilidad de la menor, por razón de su corta edad y por la dificultad de las circunstancias que la rodeaban (extranjera no acompañada en situación de irregularidad) fue en este caso determinante para que la Corte reprochara a las autoridades belgas «una falta de humanidad de tal calibre que alcanza la consideración de trato inhumano». A juicio del Tribunal, el grado de sufrimiento —criterio determinante para considerar inhumano o degradante el trato recibido— que Tabitha tuvo que soportar a consecuencia de las condiciones de su detención, superó el umbral necesario para declarar lesionado el art. 3 del CEDH35. En aquel caso, la violación no sólo se declaró respecto de la niña sino también respecto de la madre. El Tribunal estimó que la tensión que la detención de un hijo menor de edad normalmente comporta se vio superada por la actitud de las autoridades belgas, que tan sólo le proporcionaron un número de teléfono para que pudiera hablar con su hija. Atendiendo a la edad de la menor y a la lacónica respuesta de las autoridades belgas, el Tribunal declaró la violación del art. 3 también respecto de ella”.

En España, son escasos los pronunciamientos judiciales que tomaron en consideración la posible vulneración de la integridad física o moral del menor, durante la ejecución de una repatriación. El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 31 de julio de 2007, apreció una vulneración del artículo 15 CE, al considerar que acordar la repatriación de un menor que llegó a España poniendo en peligro su vida, sin cerciorarse de que será acogido, familiar u oficialmente, supone un riesgo potencial relevante para la referida integridad moral del menor³⁵.

En el año 2008, un duro informe de la organización *Human Rights Watch* denunciaba la situación de las repatriaciones sin garantías en España³⁶. Ponía el acento en la necesidad de dotar al menor de asistencia letrada durante el procedimiento de repatriación y señalaba que a pesar de que el Ministerio Fiscal tenía competencia para recurrir la decisión de repatriación en nombre del menor, no existía la obligación de que el menor compareciera personalmente durante el procedimiento ante el Fiscal por lo que realmente era imposible que este le comunicara su opinión o sus preocupaciones.

El citado informe constataba que en la práctica los fiscales no habían podido garantizar que las decisiones de repatriación fueran conforme a la ley. Ponía como ejemplo veinticuatro casos de repatriación analizados que, a pesar de haber sido previamente aprobados por el fiscal, habían sido recurridos con éxito por letrados independientes ante los tribunales que resolvieron posteriormente que esas repatriaciones violaban requisitos procedimentales o derechos de los menores.

9. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho del menor extranjero a ser escuchado

³⁵ Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, recurso de apelación 104/2007, sentencia de 31 de julio: “(...) *El Tribunal Constitucional ha declarado expresamente y en lo que a los menores se refiere que para poder apreciar la vulneración del artículo 15 CE aducida no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (...) resulta obvio que acordar la repatriación de un menor que llegó a España poniendo en riesgo su vida sin cerciorarse de que será acogido familiar u oficialmente supone un riesgo potencial relevante para la referida integridad moral del menor*”.

³⁶ Cfr. HUMAN RIGHTS WATCH *Retornos a cualquier precio...*

El año 2008 marcó sin duda un hito para la defensa de los derechos de los menores extranjeros que estaban siendo repatriados sin garantías. El Tribunal Constitucional (TC), resolvió dos recursos de amparo en sentencias 183 y 184, de 22 de diciembre³⁷.

9.1 Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2008 de 22 de diciembre³⁸

Esta resolución resolvió el recurso de amparo interpuesto por un menor extranjero frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, en grado de apelación, inadmitió su demanda contra la Delegación del Gobierno en Madrid sobre su repatriación a Marruecos. El objeto del recurso se centraba en determinar si la resolución impugnada, en la medida en que apreció la concurrencia del óbice procesal de falta de representación y capacidad procesal del recurrente para impugnar en vía judicial su repatriación por ser menor de edad no emancipado sometido a tutela pública, vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción.

El Alto Tribunal declaró que se había vulnerado el derecho del menor a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia, al haberse inadmitido la demanda contencioso-administrativa interpuesta, alegando la falta de capacidad del menor de edad. Además la denegación de la solicitud de nombramiento de un defensor judicial, por contradicción de intereses con la Administración de tutela impidió que el menor fuese escuchado en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal. El TC declaró la nulidad de la resolución judicial impugnada, en el extremo referido a negar representación y capacidad procesal al recurrente, así como la retroacción de las actuaciones para que el órgano judicial dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

El TC considera que la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe estar regida por el principio pro accione. Entiende que es constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia.

³⁷ LÁZARO GONZÁLEZ, I. y BENLLOCH SANZ, P. “Ciudadanía e integración: menores no acompañados, trata de seres humanos y víctimas de violencia de género”. *Grandes Tratados. Tratado de Extranjería*. Editorial Aranzadi, S.A., Enero de 2012, BIB 2012\2858.

³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL STC 183/2008 <https://www.boe.es/boe/dias/2009/01/24/pdfs/BOE-A-2009-1247.pdf>

Como interés de especial relevancia destaca el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal. El TC ya ha reiterado que forma parte del contenido esencial del artículo 24.1 CE. Por tanto, concluye que con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del derecho que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal.

Recuerda que el artículo 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) da capacidad al menor para defender sus derechos e intereses legítimos, sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza su patria potestad, tutela o curatela. Señala que la simple referencia que realiza la resolución judicial impugnada a que no se está en el supuesto previsto en dicho artículo implica un defecto de motivación con relevancia constitucional, toda vez que, en los términos definidos por la jurisprudencia constitucional no contiene los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos para llegar a esa conclusión.

El Alto Tribunal deja al lado varias cuestiones de legalidad ordinaria para concluir que la negativa judicial a reconocer capacidad procesal directa al recurrente y, simultáneamente, imposibilitar que pudiera suplir ese defecto de capacidad mediante la designación de un defensor judicial con el argumento de que dicha competencia es exclusiva del orden jurisdiccional civil, pero sin permitir tampoco la subsanación del nombramiento realizado por el órgano judicial de instancia, han impedido de manera definitiva a un menor, con capacidad y madurez suficiente, instar el control judicial de una decisión administrativa, como era la de su repatriación, que afectaba de una manera muy directa a su vida y esfera personal, lesionado de esa manera su derecho de acceso a la jurisdicción, para defender intereses personalísimos.

9.2 Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2008 de 22 de diciembre³⁹

En la segunda de las resoluciones, 184/2008, el TC estimó el recurso de amparo promovido por una asociación frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de

³⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL STC 184/2008 <https://www.boe.es/boe/dias/2009/01/24/pdfs/BOE-A-2009-1248.pdf>

Justicia de Madrid que, en grado de apelación, inadmitió su demanda contra la Delegación del Gobierno en Madrid sobre la repatriación de un menor a Marruecos. Se declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia, por no admitir la legitimación activa de una asociación ignorando su legítimo interés, lo que impidió obtener un pronunciamiento judicial sobre las vulneraciones aducidas a los derechos fundamentales de un menor de edad. El TC declaró también la nulidad de la resolución judicial impugnada, en el extremo referido a negar legitimación activa a la asociación recurrente, así como la retroacción de las actuaciones para que el órgano judicial dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Resuelve, en primer lugar, las dudas planteadas por el Abogado del Estado sobre la pervivencia del objeto del recurso de amparo por haber alcanzado el menor, en cuyo interés se interpuso el recurso contencioso-administrativo, la mayoría de edad. El Alto Tribunal consideró que esa circunstancia no implicaba la pérdida sobrevenida de objeto del amparo ya que dicha pérdida queda referida a los casos en los que o bien los propios órganos judiciales han reparado directamente la lesión alegada ante el TC, o bien ha desaparecido el acto o la causa origen del proceso de amparo.

Añade que la circunstancia de que, en su caso, una eventual estimación del amparo pudiera carecer de efectividad real por haber devenido en inejecutable la resolución administrativa objeto de impugnación en el recurso contencioso-administrativo en que se ha producido la lesión aducida no resulta equiparable a la pérdida sobrevenida del objeto del amparo (entendida como desaparición de la lesión o del acto impugnado).

Respecto al derecho a la tutela judicial efectiva el TC recuerda que la obtención de una resolución sobre el fondo de las pretensiones es un elemento esencial de este derecho. Sin embargo este derecho también se satisface con una decisión de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada, siempre que esa decisión se fundamente en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente. Esa decisión cuando se refiere a una carencia de legitimación activa, impone a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen al atribuir legitimación activa para acceder a los procesos judiciales. El TC considera censurables aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental.

La alegada falta de legitimación activa de la asociación es considerada por el TC como una aplicación en exceso rigorista de esta exigencia legal, ya que no cabe alegar en este tipo de supuestos que la asociación, en atención a sus fines estatutarios, sea neutral o indiferente ante el mantenimiento de la norma o resolución recurrida. En el caso que motivó el amparo el TC considera probado que:

- a. La asociación recurrente de manera conjunta con el menor de edad, con quien actuó bajo la misma representación letrada, impugnó la resolución de repatriación de éste, justificando su interés legítimo en que se trataba de un supuesto de presunta vulneración de derechos fundamentales, cuyo protección es uno de sus objetivos principales según sus estatutos.
- b. En el recurso contencioso-administrativo se ponía de manifiesto la existencia de una actuación previa del Letrado de la asociación recurrente en defensa de los intereses del menor, siendo designado dicho Letrado defensor judicial del menor por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo.
- c. En apelación se dejó finalmente sin juzgar la cuestión debatida al acordarse que la asociación recurrente carecía de interés legítimo y que el letrado no ostentaba mandato alguno del menor, quien carecía de capacidad procesal, no resultando válido el nombramiento de defensor judicial del menor por carecer de competencia el Juzgado de instancia.

Por todo lo anterior, el TC considera que la decisión de inadmisión impugnada vulneró el derecho de la asociación recurrente a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción. Además señala que la conclusión de que dentro de sus fines estatutarios no queda incluida la defensa de los concretos intereses de este menor y de que, en cualquier caso, su único interés es el de la mera defensa de la legalidad, ya que la decisión recurrida no le supone una desventaja ni le priva de un beneficio, supone una interpretación y aplicación en exceso rigorista de la exigencia legal de interés legítimo.

El TC califica de especialmente intenso el rigorismo en este caso por otras dos circunstancias que no consideró que fuesen debidamente ponderadas en la resolución judicial impugnada:

1. La insistente alegación por parte del Letrado de la asociación recurrente del seguimiento que venía desarrollando en defensa de los intereses del menor recurrente en vía administrativa es ampliamente demostrativo de que existía una muy directa implicación de la asociación recurrente en el transcurrir

vital del menor, por lo que no cabe concluir, como se hace en la resolución judicial, que la intervención de la asociación recurrente responda únicamente a una intención de mera defensa de la legalidad y de que era neutral o indiferente ante la resolución administrativa impugnada.

2. Ante la simultánea decisión judicial de negar también capacidad procesal al menor y competencia al Juzgado para que le nombrara un defensor judicial, se abortaba completamente la posibilidad de que se pudiera obtener un pronunciamiento judicial sobre el fondo de las vulneraciones de derechos fundamentales que se aducían en el recurso. Por lo que, en el contexto de un procedimiento de protección de derechos fundamentales, en el que ya se había obtenido una primera resolución judicial estimatoria, y en el que se cerraron las posibilidades de que el menor directamente afectado pudiera hacer valer su derecho de acceso a la jurisdicción, resulta especialmente rigorista negar también legitimación activa para ejercer acciones judiciales en defensa de los intereses de este menor a la asociación recurrente.

La reforma operada en la LOEXIS por la Ley Orgánica 2/2009, introdujo algunos de los necesarios cambios que el TC había apuntado en estas dos resoluciones. Introduce una mención al derecho a ser oído del menor pero tan solo en el procedimiento de repatriación, en el apartado 5 del artículo 35 que establece: “(...) *Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tuviera suficiente juicio...*”.

En su apartado seis establece además la capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación a los mayores de dieciséis años, pudiendo intervenir personalmente o a través de representante que designen y respecto a los menores de esta edad, establece que, cuando tuvieren suficiente juicio y hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.

Por lo que se refiere a la consideración del interés superior del menor, resulta preciso recordar que el apartado tercero del citado artículo 35 establece que “la Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España”.

Como se puede comprobar, siguiendo la tónica general del derecho de extranjería en España, una y otra vez los tribunales de justicia modulan los excesos de la Administración en esa huida del procedimiento administrativo común que supone la regulación en materia de extranjería⁴⁰.

Sin embargo, comparando la Observaciones generales del Comité de Derechos del Niño respecto al derecho del menor a ser oído y la consideración primordial de su interés superior en la toma de cualquier decisión en cualquier procedimiento que le afecte, con el procedimiento establecido por la LOEXIS, tras la reforma de 2009, se siguen apreciando con claridad restricciones injustificadas en el ejercicio de estos derechos por parte del menor extranjero no acompañado.

10. La regulación de un procedimiento de repatriación con garantías para el menor

El Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (RELOEXIS)⁴¹, actualmente en vigor si bien continúa profundizando en el reforzamiento de las garantías para la efectividad del derecho a ser oído del menor extranjero no acompañado, se sigue centrando en exclusiva en el procedimiento de repatriación⁴².

Antes de analizar el contenido de estos artículos se ha de señalar que, utilizando la expresión de la Fiscalía General del Estado (FGE), “el procedimiento de repatriación se erige en una figura jurídica cuasi–ornamental con escasísima transcendencia práctica”⁴³. Durante el año 2014 no se realizó ninguna repatriación⁴⁴.

⁴⁰ DE LUCAS MARTÍN, J. “Inmigrantes: del Estado de excepción al Estado de Derecho” *Oñati Socio-Legal Series*. Vol.1, Nº3, 2011, ISSN-e 2079-5971.

⁴¹ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 BOE nº 103 de 30 de abril de 2011 <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-7703-consolidado.pdf>

⁴² El RELOEX dedica cinco artículos al procedimiento de repatriación: artículo 191 (competencia sobre el procedimiento y actuaciones previas); artículo 192 (inicio del procedimiento); artículo 193 (alegaciones y determinación del periodo de prueba); artículo 194 (trámite de audiencia y resolución del procedimiento) y el artículo 195 dedicado a la ejecución de la repatriación.

⁴³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO *Memoria Fiscalía General del Estado 2014* (correspondiente al año 2013): en la p. 401 se detallan los datos de las repatriaciones incoadas (2011: 115, 2012: 22 y 2013: 1) informadas por el Fiscal (2011: 6, 2012: 5 y 2013: 1) ejecutadas (2011: 2, 2012: 4 y 2013: 1). https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MEMFIS14.pdf?idFile=dd3ff8fc-d0c5-472e-84d2-231be24bc4b2

⁴⁴ *Ídem Memoria Fiscalía General del Estado 2015* (correspondiente al año 2014), p. 451: “No se ha realizado repatriación alguna durante el año 2014. Los problemas para que prospere cualquier repatriación están vinculados a la falta de colaboración de las autoridades consulares del Estado de origen del menor que determinan invariablemente la caducidad del expediente administrativo”. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MEMFIS15.pdf?idFile=989ed5e3-7339-4575-91d5-3a3b246db8af

El procedimiento establecido para esa “figura jurídica cuasi-ornamental” llama especialmente la atención si se compara con el remedio de procedimiento que se lleva a cabo en la determinación de la edad⁴⁵.

La “repentina sensibilidad” del legislador hacia el ejercicio del derecho a ser oído del menor extranjero y la necesidad de tener en cuenta su interés superior en los procedimientos de repatriación, resulta difícil de comprender si no se tienen en cuenta las numerosas resoluciones judiciales que revocaron las decisiones de repatriación adoptadas fundamentalmente por la Delegación del Gobierno en Madrid.

10.1 Regulación del procedimiento de repatriación en el RELOEXIS

Se destacan a continuación algunos aspectos de interés del procedimiento que detallan los artículos 191 a 195 RELOEXIS:

Inicio del procedimiento: La incoación del procedimiento de repatriación del menor solo se iniciará si se considera que, según las informaciones recibidas, el interés superior del menor se satisface con la reagrupación con su familia o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen. Como importante novedad, se establece la obligación de notificar el acuerdo de incoación del procedimiento al menor, junto al Ministerio Fiscal y a la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. Se detalla el contenido de esa notificación en la que el menor será informado por escrito, en una lengua que le sea comprensible y de manera fehaciente, de los antecedentes que han determinado la incoación del procedimiento y de cuantos derechos le asisten, con especial mención a la asistencia de intérprete si no comprende o habla el idioma español.

Alegaciones y periodo de prueba: En un plazo de diez días hábiles a computar desde el siguiente a la correspondiente notificación, el menor, la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda y, en su caso, el Ministerio Fiscal podrán formular alegaciones y proponer pruebas.

Se establece una diferencia en función de la edad del menor:

⁴⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO *Separata niños y adolescentes en el informe anual 2017* pp. 38-48
https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2018/04/Separata_Menores_informe_anual_2017.pdf

a. A partir de los dieciséis años: podrá intervenir en esta fase por sí mismo o a través de representante que designe.

b. Menor de dieciséis años: será representado en el procedimiento por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. El artículo establece una excepción, cuando el menor de dieciséis años con juicio suficiente hubiera manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela legal, custodia, protección provisional, guarda o representación legal. En ese caso, se suspenderá el curso del procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial.

Define además el artículo lo que se considera “el grado de juicio suficiente”, estableciendo que, en todo caso el mayor de doce años lo tiene. Para los menores de doce años establece también la posibilidad de considerar que cuentan con juicio suficiente, aunque no establece el procedimiento a seguir para ello.

Trámite de audiencia y resolución del procedimiento: Tras la incorporación al expediente de los informes mencionados y, en su caso, el resultado de la prueba practicada, el Delegado o Subdelegado del Gobierno dará inicio al trámite de audiencia. En dicho trámite se garantizará la presencia del menor que tuviera juicio suficiente para que manifieste lo que considere en relación con su repatriación.

A continuación se describe de manera detalla cómo se llevará a cabo la repatriación y la manera de recurrirla. Sorprendentemente, no contempla la posibilidad de que la resolución que ponga fin al procedimiento, tras el resultado de la prueba practicada y, escuchado el menor, pueda resolver que no procede la repatriación.

Se establece que la resolución establecerá si el menor será entregado a su familia o a los servicios de protección de menores de su país. Esta resolución pondrá fin a la vía administrativa y será grabada en la aplicación informática correspondiente para su constancia en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. Será notificada, en el plazo de diez días, al menor o, en su caso, a su representante. En el mismo plazo, será comunicada al tutor del menor y al Ministerio Fiscal.

En la propia resolución o en documento aparte, se hará expresa mención a la necesidad de solicitar, de acuerdo con lo previstos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita, el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para el ejercicio de éste, en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa.

Ejecución de la repatriación: El menor será acompañado por personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre hasta el momento de su puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen.

Si el menor se encontrase incurso en un proceso judicial y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de repatriación, la ejecución de ésta estará condicionada a la autorización judicial.

Por último se establece que la repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a fin de que corran con los gastos de la repatriación. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación, salvo en lo relativo al desplazamiento del personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre el menor.

10.2 Situación actual

Paradójicamente, como indicaba al inicio de este apartado, desde la entrada en vigor de este nuevo procedimiento ha desaparecido prácticamente el número de repatriaciones. Sin embargo, en el momento de concluir estas páginas, en septiembre de 2018, se ha reabierto una vez más el debate sobre la oportunidad de volver a abrir negociaciones con Marruecos para hacer posible las repatriaciones de menores. Ceuta, Melilla y Andalucía son de nuevo las que ponen la cuestión encima de la mesa alegando un aumento del número de menores extranjeros no acompañados en sus territorios. El baile de cifras del que se han hecho eco profusamente los medios de comunicación, junto al anuncio de un sustancial aumento de fondos por parte de la Administración General el Estado, ponen una vez más de manifiesto la necesidad de un debate sereno sobre las cifras y el uso que se hace de ellas.

Son muchos los interrogantes y su análisis excede las pretensiones de este artículo, sin embargo dejo apuntada la alerta sobre las significativas diferencias entre los datos que aportan las comunidades autónomas y los recogidos en el Registro Central de Menores extranjeros no acompañados que el Defensor del Pueblo ha recogido en su informe anual 2017⁴⁶.

⁴⁶ *Ídem Separata...* pp. 49-51

Las garantías de las que se ha rodeado el procedimiento, especialmente la participación efectiva del menor y la asistencia letrada, contribuyen a que sea difícil culminar un procedimiento de estas características por su incompatibilidad con el interés superior del menor en un número elevado de los casos. También se destaca que, a diferencia del procedimiento de determinación de la edad, en este caso el menor puede acudir a los tribunales de justicia si no está de acuerdo con la resolución de repatriación.

11. Conclusiones

I. Los menores extranjeros sujetos al sistema de protección de menores español son más vulnerables a la carencia de garantías de las que, de manera sistémica, adolece el sistema. Esto se produce por el desconocimiento de sus progenitores o de los adultos que los acompañan del funcionamiento del sistema, por las barreras culturales y lingüísticas, y también por las consecuencias irreparables que ocasiona el acceso a la mayoría de edad de un menor extranjero tutelado que no haya sido documentado.

II. La situación de los menores extranjeros en conflicto con la Administración por distintas causas ha puesto de manifiesto la inexistencia generalizada de procedimientos para hacer efectivo su derecho a ser escuchado en cualquier procedimiento que le afecte, así como la ausencia de mecanismos para la evaluación de la toma en consideración de su interés superior en la toma de cualquier decisión en la que esté implicado un menor.

II. La ausencia de mecanismos para la participación del menor extranjero en las decisiones que le afectan explica, en parte, el escaso número de resoluciones judiciales que se adoptan en relación a estas cuestiones. Los pocos pronunciamientos judiciales que existen se han producido gracias a la intervención de entidades de la sociedad civil que han acudido a los tribunales acompañando a los menores o han actuado en nombre de ellos.

ARCE JIMÉNEZ E

- *Menor y extranjero: dos lógicas enfrentadas.* (Tesis doctoral inédita) Universidad de Málaga 2016

CAMPOY CERVERA, I.:

- *La fundamentación de los derechos de los niños, modelos de reconocimiento y protección.* Dykinson, Madrid, 2006.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS:

- Observación General Nº 5 (párrafos 18 a 23). *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.*
- Observación General Nº 6. *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.*
- Observación General Nº 12 (2009) *El derecho del niño a ser escuchado*
- Observación General Nº 14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.*
- Observaciones Finales a España 55º período de sesiones 13 de septiembre a 1º de octubre de 2010.

DEFENSOR DEL PUEBLO:

- *Informe sobre la asistencia jurídica a los extranjeros en España.* Madrid, 2005, ISBN: 84-87182-55-0.
- *La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia.* Madrid, 2014, ISSN: 2254-3910.
- *Recomendaciones y Sugerencias 2007.* BOCG, Sección Cortes Generales, IX Legislatura, Serie A, Nº 14.
- Informes anuales:
 - o *Informe Anual 2001* y Debates en las Cortes Generales. Madrid, 2002.
 - o *Informe Anual 2005* y Debates en las Cortes Generales. Madrid, 2006.
 - o *Informe Anual 2017* y Debates en las Cortes Generales. Madrid, 2008.

DE LUCAS MARTÍN J:

“Inmigrantes: del Estado de excepción al Estado de Derecho” *Oñati Socio-Legal Series.* Vol. 1, Nº 3, 2011, ISSN-e 2079-5971.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:

- *Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2014.* Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia.
- *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2015* Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia

GÓMEZ MEGIAS, A.:

“Aspectos básicos de La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia” *Diario La Ley*, Nº 8590, Sección Documento on-line, Editorial LA LEY, 24 de Julio de 2015.

HUMAN RIGHTS WATCH:

Retornos a cualquier precio: España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías. 2008.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. y BENLLOCH SANZ, P.:

“Ciudadanía e integración: menores no acompañados, trata de seres humanos y víctimas de violencia de género”. *Grandes Tratados. Tratado de Extranjería*. BIB 2012\2858, Aranzadi, S.A., 2012.

LÓPEZ ULLA, J.M.:

“Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado. La obligación positiva de no dejarle en desamparo”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32. UNED, 2013, pp. 481-497.

MARTÍNEZ GARCÍA, C.:

"Los menores extranjeros no acompañados en los informes del Defensor del Pueblo" en LÁZARO GONZÁLEZ I. y MOROY ARAMBARRI B. (Coords.). *Los menores extranjeros no acompañados*. Tecnos, Madrid, 2010 pp. 35-48.

MORENO GIL, O.:

Código Civil y jurisprudencia concordada. Boletín Oficial del Estado, ISBN: 13:9788434016217, p. 347.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS REGIONAL OFFICE:

Judicial Implementation of Article 3 of the Convention on the Rights of the Child in Europe: The case of migrant children including unaccompanied children. Junio, 2012.

PANIZA FULLANA, A.:

“La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 8/2015, parte Estudio.

UNICEF:

- *Manual de aplicación de la Convención sobre los derechos del Niño*. ISBN 92-806-3824-6 2004, edición española 2004, pp. 173-195.